

# IGUALDAD Y DIFERENCIA EN RELACIÓN CON LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

## (Una crítica a la Observación General n.º 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)

Equality and difference in relation to persons with disabilities\*  
(A criticism of General comment n.º 1 (2014) of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities)

MACARIO ALEMANY  
*Universidad de Alicante*  
[macario.alemany@ua.es](mailto:macario.alemany@ua.es)

Fecha de recepción: 16/06/2017

Fecha de aceptación: 26/06/2017

*Anales de la Cátedra Francisco Suárez*

ISSN 0008-7750, núm. 52 (2018), 201-222

**RESUMEN** Este artículo es una crítica a la Observación General n.º 1 (2014) del Comité de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, relativa a la interpretación correcta del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre las personas con discapacidad.

Con esta Observación, el Comité asume una ideología sobre los derechos de las personas con discapacidad que no es comúnmente aceptada. Esta ideología se basa en las tres tesis siguientes: 1) se apoya el “modelo social” de la discapacidad frente al tradicional “modelo médico”; 2) no se considera a la discapacidad un mal (o un daño) o, incluso, se afirma su valor positivo a través de la noción de “diversidad funcional”; y 3) se tratan conjuntamente todas las formas de discapacidad, en particular no se distingue, para interpretar el art. 12 de la Convención, entre la discapacidad mental y otros tipos de discapacidad. De acuerdo con el Comité, se trataría de un “cambio de paradigma” exigido por el respeto a la dignidad de las personas con discapacidad. En el texto se critican estas tesis y la concepción de la dignidad subyacente. En opinión del autor, no cabe prescindir del concepto biomédico de enfermedad y discapacidad, es necesario tratar de forma diferente a las discapacidades mentales de otras que no suelen conllevar incapacidad para tomar decisiones, la enfermedad o la discapacidad sí cabe entenderla como un mal o un daño (que debe ser superado) pero no entraña un desprecio moral para el enfermo o el discapacitado y, finalmente, es un error reducir la dignidad a la autonomía personal.

**Palabras clave:** derechos humanos, discapacidad, persona, enfermedad, paternalismo, autonomía, igualdad, dignidad.

---

\* Para citar/citation: Alemany, M. (2018). Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación n.º (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad). *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 52, pp. 201-222.

**ABSTRACT** This article is a criticism of General comment n.º 1 (2014) of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities, with regard to the correct interpretation of article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. With this Observation, the Committee assumes an ideology regarding the rights of people with disabilities that is not generally accepted. This position is based on the following three theses: 1) it supports the social model of disability against the medical model; 2) rather than considering disability as an evil (or a harm) it is seen as a positive value through the notion of functional diversity; and 3) all types of disability are treated equally, in particular, no distinction is made between mental disability and others types of disabilities, when interpreting article 12 of the Convention. According to the Committee, this represents a “change of paradigm”, necessary for the respect of the dignity of people with disabilities.

In this paper, these theses and the underlying conception of dignity are criticised. In the author’s opinion, the biomedical concept of illness and disability is essential; mental disabilities must be dealt with in a different way to those which do not involve the inability to take decisions; illness and disability ought to be considered both an evil and a harm (which must be overcome) but this should not imply moral contempt for the ill or disabled person; and, lastly, it is a mistake to limit the idea of dignity to that of personal autonomy.

**Key words:** Human rights, disability, persone, illness, paternalism, autonomy, equality, dignity.

## 1. EL ARGUMENTO “PRO PATERNALISMO”

De acuerdo con la tradición jurídica y el sentido común, los menores no deben ser tratados por el Derecho del mismo modo que los adultos; los menores deben ser especialmente protegidos. La razón principal de ello es que la minoridad conlleva de forma general una serie de “incapacidades” que implican un déficit de autonomía; los menores, dejados a su libre arbitrio, podrían tomar decisiones seriamente dañosas para ellos mismos. A los progenitores se les suele atribuir la responsabilidad de complementar el déficit de autonomía de los hijos. Del mismo modo, el Estado, a través del Derecho, *in locus parentis*, debe garantizar los derechos de los menores mediante instituciones paternalistas.

No se trata de afirmar sin más que los menores pueden, o deben, ser tratados paternalistamente, esto es, que se pueda imponer límites a su autonomía individual por su propio bien. El argumento es que los menores muestran en general un déficit de autonomía y que esta característica es la que justifica que se los trate paternalistamente. Si fuera falso que los menores sufren tales limitaciones, entonces el tratamiento paternalista no se justificaría por la sola razón de ser menor (Alemany, 2006). En forma lógica, el argumento *pro paternalismo* se podría enunciar de la siguiente manera:

1. *Todos los menores tienen la característica i.*
2. *La característica i impide adoptar decisiones autónomas.*
3. *Quienes no pueden adoptar decisiones autónomas pueden, o deben, ser protegidos paternalistamente.*

### *Conclusión*

*Los menores pueden, o deben, ser protegidos paternalistamente.*

Todo esto parece obvio. Pero veremos más adelante que conviene no saltarse, por así decirlo, un solo paso en la argumentación, al menos en el planteamiento inicial.

No creo que nadie razonable niegue la validez de las limitaciones a la libertad de los menores por razones paternalistas. Quizás se discrepe con el término “paternalista” y se prefiera “cuidado respetuoso” (Del Pozo, 2010, pp. 58 y ss.), “proteccionismo” (Canimas, 2016, p. 21) o algo semejante, pero la idea de fondo no cambia. Quizás se discrepe sobre dónde poner el límite de la minoridad jurídica, dado que el desarrollo de la autonomía (como capacidad) se produce de forma gradual. Pero por muy antipaternalista que se sea, parece imposible atacar sensatamente la afirmación de que por debajo de cierta edad no se está en condiciones, de forma general, de tomar decisiones autónomas. Pensemos, por ejemplo, en la decisión de estudiar: cabe discutir si la obligación de estudiar debe prolongarse hasta los 16 o sería mejor fijar el límite en los 14, pero parecería absurdo defender que, en relación con esta cuestión, la minoridad es irrelevante.

Si la razón por la que los menores pueden, o deben, ser tratados paternalistamente no es el hecho mismo de ser menores, sino que tal condición conlleva de forma general alguna característica que impide o dificulta la adopción de decisiones autónomas, por aplicación de la regla de justicia formal que prescribe que “se debe tratar de forma semejante a los casos semejantes y de forma diferente a los casos diferentes”, si un adulto tuviera la misma característica, entonces cabría concluir igualmente que puede, o debe, ser tratado paternalistamente.

En la formalización del *argumento pro paternalismo*, se puede ver claramente que el argumento vale si los “menores” son sustituidos por otro grupo distinto y es verdad que tal grupo tiene una característica que imposibilita la adopción de decisiones autónomas: por ejemplo, si sustituimos “menores” por “personas (adultas) con demencia”. De acuerdo con el DSM-IV, la demencia se caracteriza por múltiples déficit cognoscitivos (afasia, apraxia, agnosia y alteraciones de la capacidad) entre los cuales es prominente la pérdida de memoria, la cual lleva a que el demente, en fases avanzadas, pueda olvidar su propio nombre.

En conclusión, la justificación del paternalismo con los menores es tan evidente que parece que el mejor argumento para justificar el paternalismo sobre otros sujetos es el razonamiento por analogía. Por un lado, como acabamos de ver, se razona *a pari* incluyendo a los menores y a cualquier otro grupo pertinente en el mismo conjunto. Ya no se trata de la minoridad como elemento definitorio del conjunto, sino de la noción más amplia de *incapacidad*: los menores y los adultos con demencia senil avanzada se parecen en que son incapaces con respecto a ciertas tareas básicas de la vida cotidiana. Por otro lado, se razona por medio de una analogía perelmaniana, cuya estructura es la de una semejanza de relaciones: A es a B, lo que C es a D (Perelman y Olberchts-Tyteca, 2006, pp. 569 y ss.). En esta estructura, la relación paterno-filial constituye el *foro* de la analogía cuyo *tema* variará: por ejemplo, puede argumentarse que el tutor es (o debe ser) a sus pupilos, lo que un padre es (o debe ser) para sus hijos.

## 2. LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Lo dicho hasta ahora parece razonable, pero creo que no sería aceptado en absoluto por los miembros del *Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (en adelante, el Comité) e, incluso, pienso que verían en mi sencilla argumentación un peligroso sesgo discriminatorio en contra de las personas con discapacidad. Para el Comité, la analogía pertinente no se da entre los discapacitados y la minoridad, sino entre la discapacidad y el género o la raza. De manera que la pretensión de ejercer el paternalismo con personas discapacitadas es análoga a la pretensión machista o racista de ejercer el paternalismo con las mujeres o los individuos de otra raza. Veamos con detenimiento cómo se llega a esta conclusión.

Debemos comenzar por la aprobación el 13 de diciembre de 2006 de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* (en adelante, la Convención). Entró en vigor en España el 3 de mayo de 2008. La Convención conlleva, a juicio de muchos, un cambio de paradigma en el tratamiento jurídico de la discapacidad. Veamos los aspectos más reseñables de la misma.

La Convención parte de un concepto de *discapacidad* que tiene tres características: 1) el “modelo social”, de modo que la discapacidad es un “concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y el entorno” (Preámbulo, apartado “e”); 2) la neutralidad valorativa de la noción de discapacidad o,

incluso, podría sostenerse que se pretende la afirmación de su valor positivo, en tanto que es un principio general de la Convención, “el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad *como parte de la diversidad y la condición humanas*” (Art. 3, d. La cursiva es mía); y 3) la unidad, al no distinguir entre tipos de discapacidad, de modo que la regulación afecta por igual a todas las personas “que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás” (Art. 1).

El objetivo principal de la Convención es evitar la discriminación de las personas discapacitadas. Por “discriminación por motivos de discapacidad” debe entenderse “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables” (Art. 2. Definiciones). Por “ajustes razonables” la Convención se refiere a “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (Art. 2. Definiciones).

Por último, en el artículo 12, dedicado al igual reconocimiento como persona ante la ley, se dispone lo siguiente:

Art. 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho *en todas partes* al reconocimiento de su personalidad jurídica; 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen *capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás* en todos los aspectos de la vida; 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al *apoyo* que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica; 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen *salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos* de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica *respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona*, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes

periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas; 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, *en igualdad de condiciones con las demás*, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria” (los resaltados son míos).

A mi juicio, la interpretación correcta del artículo 12, leído a la luz de los conceptos de discapacidad y discriminación de la Convención, suscita muchas dudas y son comprensibles las aclaraciones de algunos países (Francia y Holanda para asegurar las decisiones sustitutivas en los ámbitos sanitarios, o Australia, Canadá y Noruega para asegurar la compatibilidad del sistema de apoyo con el de decisiones sustitutivas) o, si es que fue esa la razón, las reservas de otros (México, que fue el promotor de la Convención, Egipto, Siria, Kuwait, Estonia, Polonia, Singapur y Venezuela)<sup>1</sup>. España no hizo reservas y, tras diversos cambios normativos, incorporó la Convención (de por sí Derecho vigente) al Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad*. Esta ley asume en lo sustancial la noción de discapacidad de la Convención, por lo menos en lo referido al modelo social y al tratamiento unitario de todas las formas de discapacidad.

### 3. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO (STS 282/2009, SALA 1.ª, DE 29 DE ABRIL DE 2009)

En 2014, el Comité dicta la *Observación General n.º 1* (en adelante, “la Observación”) que se centra en el art. 12 de la Convención, la cual está motivada por lo que consideran un *malentendido general* de los Estados firmantes que no han comprendido “que el modelo de discapacidad basado en derechos humanos implica pasar del paradigma de la sustitución en la adopción de decisiones a uno basado en el apoyo para tomarlas” (Introducción, 3). Antes de aclarar la posición del Comité sobre cómo debe interpretarse la Convención, pondré un ejemplo de cómo interpretó (o malentendió) la

---

1. Tomo la información de (Canimas, 2016, pp. 14 y ss).

Convención el Tribunal Supremo Español en la Sentencia n.º 282/2009, Sala 1.<sup>a</sup>, de lo Civil, de 29 de abril de 2009.

El caso es el siguiente: En el seno de una familia numerosa, los hijos discrepan sobre si su madre está en condiciones de cuidar de sí misma y de sus bienes. Un juzgado de Salamanca resuelve el conflicto a favor de los hijos que pretenden la incapacitación de la madre, que se establece como “absoluta y permanente para regir su persona y administrar sus bienes, así como para el ejercicio del derecho de sufragio” (9 de julio de 2002). El juzgador toma dos medidas: primera, distingue entre el cuidado de la *persona* y el cuidado de los *bienes* de la incapaz, atribuyendo este último a alguien que no participó en el litigio y, “salomónicamente”, por lo que al cuidado de la persona se refiere, dispone una tutela *conjunta y solidariamente* compuesta por una de las hijas del grupo de partidarios de la incapacitación y otra del grupo de contrarios. El arreglo no satisface, sin embargo, a las partes que recurren la sentencia.

Tras diversas vicisitudes procesales que no vienen al caso, el conflicto da lugar a la sentencia del Tribunal Supremo mencionada. En ella se resumen los hechos que se han dado por probados en la sentencia recurrida de la Audiencia Provincial de Salamanca, en relación con la dispuesto en el artículo 200 del Código civil<sup>2</sup>. Los magistrados del órgano *a quo* quieren dejar sentado que de la comprobación de la existencia de la enfermedad no se sigue automáticamente la incapacitación, fundamentalmente porque hay que apreciar “persistencia” y ésta depende de que no haya remedio o tratamiento que permita a la persona comportarse con normalidad. Se constatan algunas diferencias entre los informes de primera y segunda instancia, que parecen deberse al paso del tiempo y el progresivo deterioro de la anciana. El informe forense en primera instancia descubre una enfermedad de Parkinson, una ligera atrofia cortical sin signos de demencia y un cuadro de depresión; mientras que en la segunda instancia ya se aprecia un “trastorno cognitivo moderado, demencia senil, que limita funcionalmente la capacidad para regir su personalidad y administrar sus bienes de forma total y permanente”.

En sus alegaciones en el Tribunal Supremo, la fiscalía aprecia que el principal problema del recurso es determinar si la interpretación de los arts. 199<sup>3</sup> y 200 del Cc llevada a cabo por el tribunal *a quo* es conforme con la Convención, en particular con lo dispuesto en el art. 12 de la Convención

- 
2. “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.
  3. “Nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”.

(fundamento jurídico 3). A juicio del fiscal, “la declaración de incapacidad vulnera la dignidad de la persona incapaz y su derecho a la igualdad en cuanto la priva de la capacidad de obrar y la discrimina respecto de las personas capaces”. Para alcanzar esta conclusión el fiscal parte de la concepción de la discapacidad asumida por la Convención, que sería un concepto “mínimo y abierto”, “dinámico”, “como proceso en permanente evolución”, que da cuenta de las dimensiones individual, biológica y social de la salud; se trata del modelo “social de discapacidad” en contraste con el “modelo médico o rehabilitador”. En su opinión, la Convención adopta “el modelo social y el principio de no discriminación, colisionando con la figura tradicional de la incapacitación, como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y obliga a “adoptar” una nueva herramienta basada en el sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto o negocio a realizar”. Como consecuencia, la Convención unifica “la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable” y se “restringe el instrumento de la incapacitación si afecta a la anulación de la capacidad de obrar”. Por último, el fiscal propone como solución, en tanto se modifica el ordenamiento jurídico español, “la curatela, reinterpretada a la luz de la convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad”.

La respuesta de la Sala 1.<sup>a</sup>, siendo Encarnación Roca magistrada ponente, sobre la cuestión de la interpretación correcta de la Convención se articula en los siguientes puntos:

1) Se considera que hay una cuestión nominal de cómo referirse a las situaciones jurídicas y procedimientos que afectan a las personas con discapacidad que deberá resolver el poder legislativo.

2) Se critica el tratamiento unitario de las diversas formas de discapacidad. Se recuerda los diferentes problemas que plantea la discapacidad y que puede ser que un discapacitado no necesite complemento alguno de capacidad, cosa que siempre requiere un incapaz por “su falta de las facultades de entender y querer”. También se señala que desde la sentencia del TS de 5 de marzo de 1947, a los incapaces se les ofrece diferentes sistemas de protección (sistemas, adaptables a la concreta situación, de incapacitación, curatela y medidas en caso de discapacitados no incapacitables respecto a aspectos patrimoniales).

3) Las limitaciones y privaciones de derechos a los incapaces solo pueden ser conformes al art. 10 de la Constitución Española (CE) cuando se “adoptan como un sistema de protección” y siempre que concurran algunos requisitos: “la situación de falta de capacidad, entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma



adecuada y libre, la personalidad. Esto comporta que puedan producirse (a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica, y (b) la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello hay que afirmar rotundamente que la incapacitación al igual que la minoría de edad no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado”.

4) La regulación específica de la situación jurídica del incapaz está de acuerdo con los valores constitucionales: La titularidad de los derechos fundamentales, recuerda la Sala, se adquiere con plenitud por nacimiento. Esto se muestra, por ejemplo, en que los menores, de acuerdo con el art. 162 Cc no deben ser representados por sus padres en los actos que puedan realizar por sí mismos. Al margen de la cuestión nominal de cómo se identifique a la incapacitación por el legislador, la incapacitación como mecanismo de protección del incapaz es exigida por el principio de dignidad de la persona. No se viola tampoco el principio de igualdad del art. 14 de la CE si atendemos a que el trato diferenciado responde a la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad. La Sala señala que la insuficiencia mental debe ser un estado patológico que debe ser “detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona”, la cual “sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección”.

Adicionalmente, en el fundamento jurídico 6, el Tribunal refuerza su posición poniendo ejemplos del Derecho de Canadá, Italia, Francia y Alemania.

Por último, en el fundamento jurídico 7 se concluye:

“De este modo, sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone:

1) Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC.

2) La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada”.

La sentencia concluye desestimando todos los motivos de casación y confirmando la sentencia recurrida.

#### 4. OBSERVACIÓN GENERAL N.º 1 (2014) DEL COMITÉ DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Volvamos, entonces, a la Observación y a su propósito de reparar el “malentendido general” de los Estados firmantes de la Convención. Básicamente, el error consiste en no haber comprendido la necesidad de cambiar del paradigma “de la sustitución en la adopción de decisiones a uno basado en el apoyo para tomarlas” (Introducción, 3).

El Comité comienza haciendo una serie de afirmaciones relativas a la capacidad jurídica que, en principio, resultan poco polémicas: “(...) el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley es operativo en todas partes”, “no hay ninguna circunstancia que permita privar a una persona del derecho al reconocimiento como tal ante la ley, o que permita limitar ese derecho” (Introducción, 5); “el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe defenderse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás” (Introducción, 8); etc. Sin embargo, el panorama cambia cuando advertimos que en la Observación maneja un concepto de “capacidad jurídica” que incluye también a la capacidad de obrar: “la capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho (...) La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin” (Observación, 12). Consistentemente con el universalismo atribuido al reconocimiento de la capacidad jurídica se afirma que “el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe ser *nunca* motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12” (Introducción, 9. El resaltado es mío); o que “los déficit en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica” (Observación, 13).

Como consecuencia, hay que revisar las legislaciones nacionales para evitar límites a la capacidad jurídica de los discapacitados distintos a los de las demás personas y para abolir los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones; como la legislación sobre la salud mental, la tutela y la custodia que permiten el tratamiento obligatorio (Introducción, 7).

En un largo párrafo, que por su importancia transcribiré literalmente, el Comité expone su concepción de la relación entre discapacidad e incapacidad:

“En la mayoría de los informes de los Estados partes que el Comité ha examinado se mezclan los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica, de modo que, cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta. Esto se decide simplemente en función del diagnóstico de una deficiencia (criterio basado en la condición) o cuando la persona adopta una decisión que tiene consecuencias que se consideran negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional). El criterio funcional supone evaluar la capacidad mental y denegar la capacidad jurídica si la evaluación lo justifica. A menudo se basa en si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente. Este criterio es incorrecto por dos motivos principales: a) porque se aplica de forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presuponemos que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley. En todos estos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley. El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio” (Observación, 15).

En relación con el modelo del apoyo, éste debe entender de modo que: el apoyo a las personas discapacitadas “nunca debe consistir en decidir por ellas” (Observación, 17); incluso “en situaciones de crisis, deben respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones” (Observación, 18); “algunas personas con discapacidad (...) pueden no desear ejercer su derecho a recibir el apoyo previsto en el artículo 12.3. (Observación, 19); “el principio del “interés superior” no es una salvaguarda que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos”; “el paradigma de “la voluntad y las preferencias” debe reemplazar al del “interés superior”. (Observación, 21).

A partir de aquí, el Comité desgana una serie de reformas que vendrían impuestas por la correcta interpretación de la Convención:

- 1) “Supresión de los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas e instauración de alternativas basadas en regímenes que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones”.
- 2) “Otorgar el mismo crédito a las denuncias y declaraciones de las personas con discapacidad que el que darían a las personas sin discapacidad (...) testificar en igualdad de condiciones con las demás” (Observación, 39).
- 3) “...su privación de libertad en instituciones contra su voluntad, sin su consentimiento o con el consentimiento del sustituto en la adopción de decisiones (...) constituye una privación arbitraria de libertad y viola los artículos 12 y 14 de la Convención” (Observación, 40).
- 4) En el ámbito sanitario, no se debe “permitir que el consentimiento sea otorgado por personas que sustituyan a las personas con discapacidad antes de cualquier tratamiento” (Observación, 41).
- 5) En cuanto a los tratamientos psiquiátricos forzosos, que afectan “especialmente a las personas con discapacidad psicosocial e intelectual y otras discapacidades cognitivas. Los Estados partes deben eliminar las políticas y las disposiciones legislativas que perpetran el tratamiento forzoso” (Observación, 42). “(...) se debe proceder a la desinstitucionalización, y todas las personas con discapacidad deben recobrar la capacidad jurídica y poder elegir dónde y con quién vivir” (Observación, 46).
- 6) “Los Estados partes tienen la obligación de proteger y promover el derecho de las personas con discapacidad de acceder al apoyo de su elección para emitir voto en secreto y participar sin discriminación en todas las elecciones y referendos” (Observación, 49).

## 5. CONSIDERACIONES CRÍTICAS A LA OBSERVACIÓN Y LA IDEOLOGÍA EXPRESADA POR EL COMITÉ

### 5.1. *¿Es razonable el tratamiento indiferenciado de todas las situaciones englobadas bajo el término “discapacidad”?*

En la ideología de los derechos humanos juega un papel central la idea de universalidad. Los derechos humanos son universales en tanto que corresponden a todos los sujetos que comparten la característica “ser humano”; ése es el único requisito. Como señala Laporta, no se trata de la universalidad en sentido lógico o formal que permite incluir en el enunciado universal “cualquier circunstancia del caso, condición del sujeto y característica del contexto” (Laporta, 1987, p. 32), sino de la “universalidad” material o con contenido, si bien con un contenido mínimo. Laporta

advierde también que la universalidad exige que los derechos humanos se “diseñen en términos de una gran abstracción” pues le atribuyen relevancia moral a circunstancias o estados de cosas que deben ser compartidos por todos los seres humanos (*ibidem*). La vinculación de los derechos humanos con la muy abstracta idea persona y el valor último de la dignidad reflejan esta exigencia de universalidad.

Sin embargo, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se constatan dos tendencias en cuanto a la universalidad: la primera es a la extensión de la misma, precisamente a partir de la idea de “persona”, más allá de las fronteras de la humanidad (Singer, 1975; De Lora, 2003) y, la segunda, a su reducción o especificación por medio de añadir una característica adicional a la de “ser humano”, en concreto, las propiedades de ser mujer, ser niño y, ahora, ser persona con discapacidad.

La ruptura de la universalidad amplia de los derechos humanos se justifica alegando que la idea abstracta de “persona” no da cuenta de las propiedades existenciales del ser humano y que, de forma destacada, la infancia y el género determinan una existencia diferente, con unos problemas especiales. Las mujeres y los niños son objeto de una especial discriminación y explotación y merecen, por tanto, una especial protección. La Convención parece un paso más en esta lógica. En la Observación, el Comité acude en diversas ocasiones a la analogía entre discapacidad y género: por ejemplo, cuando sostiene que “la negación de la capacidad jurídica no debe basarse en un rasgo personal como el género, la raza o la discapacidad” (Observación, 34).

Ahora bien, debemos preguntarnos si las situaciones que se engloban bajo el término de “discapacidad” pueden ser entendidas como un “rasgo personal” similar al género o a la raza. A mi juicio, la respuesta es negativa por dos razones fundamentales. En primer lugar, no se da la misma homogeneidad entre los que comparten la propiedad de género o de raza y los que comparten la propiedad de “discapacidad”. Por el contrario, lo que caracteriza a la noción de discapacidad es la heterogeneidad y, en particular, dentro del conjunto de personas con discapacidad se da una discontinuidad radical entre discapacidad física y discapacidad mental. Nada similar ocurre en cuanto al género o la raza; no se dan dos formas tan heterogéneas de ser mujer o ser miembro de una raza.

La segunda razón es que los problemas especiales que se derivan de la condición de mujer o de miembro de una minoría racial son todos debidos a la discriminación y la especial protección que se requiere es la de la prohibición de discriminación (ya sea directa o indirecta), mientras que los problemas especiales que se derivan de la condición de persona con discapacidad son solo *en parte* debidos a la discriminación puesto que, además, aparecen “deficiencias” en el sujeto, por lo que la especial protección que

requieren no se debe centrar del mismo modo en la prohibición de discriminación. Que a una mujer no se le permita arbitrar un partido en la liga de fútbol por ser mujer es una cuestión de discriminación, que no se le permita a una persona ciega (hombre o mujer) es otra cosa bien distinta.

Constituye una grave error de la Convención, agudizado por la Observación, el tratar del mismo modo a discapacidades que son diferentes y, en particular, el haber desconsiderado la relevancia de las discapacidades mentales e intelectuales, abusando de la analogía con el género al tiempo que se ignora la tradicional analogía con la minoridad. Con el propósito legítimo de luchar contra discriminaciones que, sin lugar a dudas, sufren de modo especial las personas con discapacidad, se termina, sin embargo, desconsiderando totalmente los intereses de importantes grupos de personas con discapacidad mental. La categoría apartada es la de “incapacidad” que, se diría, resulta un “insulto”, lo cual solo puede ser concebido precisamente desde los prejuicios que se quieren combatir. La incapacidad está vinculada a la dificultad o imposibilidad para desempeñar una tarea y, en los contextos jurídicos, con la dificultad o imposibilidad para enfrentar la tarea de adoptar decisiones racionales (Wikler, 1987; Garzón Valdés, 1988; Gert *et al.*, 1997; Alemany, 2006). La incapacidad es relativa, de modo que todos somos en relación con cierto conjunto de tareas incapaces, pero cuando dicho conjunto lo constituyen las tareas básicas, mínimas, imprescindibles para llevar una vida autónoma, entonces estaríamos frente a una incapacidad básica, una dificultad general para, como señala Encarnación Roca en la sentencia que se ha resumido, “auto-gobernarse”.

Sabemos que, con frecuencia, a las personas con discapacidad física o sensorial se les ha tratado como incapaces sin serlo. Esto es una discriminación injustificada, una seria violación de derechos. Pero la vinculación entre discapacidad mental e intelectual e incapacidad no responde a un prejuicio del mismo modo puesto que, como veremos más adelante, hay una vinculación especial entre estos tipos de discapacidad y la noción de incapacidad.

Finalmente, quisiera terminar señalando la paradoja de la representación en la que incurre el Comité constituido en su mayoría por personas discapacitadas, todas ellas físicas o sensoriales, que hablan en nombre de los discapacitados mentales quienes, a su juicio, deberían hablar en nombre propio.

## 5.2. *¿Es razonable un concepto de discapacidad basado en el denominado constructivismo social?*

La Convención y el Comité asumen el denominado “modelo social” de la discapacidad frente al modelo médico tradicional. En el transfondo

está la filosofía conocida como *constructivismo social*. Manuel Atienza, comentando este mismo punto, trae a colación la opinión de Mario Bunge, a quien considera el más importante filósofo vivo del mundo latino, de acuerdo con la cual el *constructivismo* es una mera moda destructiva de las facultades de Humanidades “tan falsa como peligrosa” (Atienza, 2016, p. 265; Bunge, 2009, p. 161). Se trataría de afirmar que las enfermedades son “invenciones de la profesión médica”. Algo que, efectivamente, concuerdo con Atienza, es falso —piénsese en el caso de la demencia que comentamos al principio— y, como muestra la deriva del Comité, además es peligroso.

El núcleo de la ideología del “modelo social de discapacidad” se basa en una gruesa exageración de un aspecto indebidamente desatendido: que la gravedad de una discapacidad para la persona que la sufre es, en muchas ocasiones, una función de las circunstancias sociales y personales de esa persona. No supone lo mismo ser tetrapléjico en una sociedad rica que en otra pobre. Este componente social se exagera y deforma hasta el punto de concluir que la propia discapacidad es siempre y ante todo el resultado de la discriminación, ya sea por acción o por omisión. En el siguiente texto se ofrece una síntesis de lo que estamos hablando: el modelo social “es el resultado de los esfuerzos del movimiento de las propias personas con discapacidad, quienes a mediados de la década de los años sesenta del siglo pasado comenzaron a plantearse ciertas estrategias de lucha frente a la situación de opresión social en la que se consideraban inmersas. Desde dicho paradigma se considera que las causas que dan origen a la discapacidad no son ni religiosas ni científicas, sino que son preponderantemente sociales. Esto significa que —más allá de las diversidades funcionales de las personas— la discapacidad es el resultado de una sociedad que no se encuentra preparada ni diseñada para hacer frente a las necesidades de todos y todas, sino solo de determinadas personas, que —casualmente— son consideradas personas estándar” (Palacios, 2008, pp. 31 y 32).

No es fácil interpretar el alcance del “modelo social” y esto es consecuencia, en parte, de los continuos cambios en el “relato sobre la discapacidad” que impone lo políticamente correcto. Como vemos en el párrafo anterior, la afirmación de que la discapacidad es *el resultado de la sociedad* aparece matizada por la frase entre guiones: “más allá de las diversidades funcionales de las personas”. Ahora bien, conviene advertir que por “diversidad funcional” se está denotando centralmente al mismo conjunto de condiciones de las personas que, desde el punto biomédico, se consideran tradicionalmente como enfermedad o como discapacidad. Desde este punto de vista, el concepto de enfermedad es básico y el de incapacidad es derivado del de enfermedad. La eliminación del relato de las nociones *biomédicas* de enfermedad y discapacidad —además de introducir una notable confu-



sión— parece sugerir que el elemento de desviación de la normalidad que, efectivamente, es intrínseco a esta perspectiva biomédica, lleva aparejada una “desviación de la moralidad”. En consecuencia, se recae en la concepción clásica de la enfermedad como una disposición antinatural, de acuerdo con la cual “sin salud no hay ética posible” (Gracia, 2008, p. 36) y se asume la inaceptable conclusión de que calificar a alguien de “enfermo” es una forma de insultarlo.

Desde una aproximación sociológica al concepto de enfermedad, como señala Freidson, ésta puede tener o no un fundamento en la realidad biológica (Freidson, 1978, p. 215). Pensemos, por ejemplo, en la aproximación conceptual de Parsons al “rol de persona enferma”, el cual se caracteriza por cuatro elementos: 1) entraña una incapacidad de la que no se hace responsable al individuo y que, para su curación, no basta con la propia motivación, es necesario un proceso curativo; 2) se le exceptúa por esta causa de obligaciones normales; 3) se trata de una desviación, pero de una desviación legítima; y 4) se espera que el paciente busque ayuda para recuperarse y coopere en su recuperación (Parsons, 1951, p. 229). Parsons presupone que la enfermedad ha sido diagnosticada de acuerdo con los criterios de la profesión médica, pero esos criterios se sitúan en un punto de vista interno a dicha profesión y no son del interés directo del sociólogo; si la atracción por el propio sexo se califica socialmente como una enfermedad llamada “homosexualidad”, el sociólogo la considerará desde este punto de vista, al margen de que se trate de un notable error de la medicina. A la inversa, una condición de los individuos, que es desde el punto de vista biomédico una enfermedad, puede no ser considerada como tal desde el punto de vista social, como ocurría en algunas comunidades indígenas de América del sur en las que la sífilis era endémica y sus manifestaciones asumidas como normales (Gil, 1969, p. 31).

Sin embargo, la aproximación sociológica no niega lógicamente que haya fundamentos biomédicos en la calificación de una situación como enfermedad o discapacidad (en el ejemplo anterior, la realidad de la espiroquetosis endémica); precisamente, la medicina moderna se caracterizaría por su pretensión de ser científica y de disponer de dichos fundamentos, frente a otras prácticas que juzga irracionales. Esto no quiere decir que la medicina esté libre de valoraciones. La medicina es una práctica profesional que hace de la protección de la salud y la vida sus valores fundamentales: por ello mismo, la muerte, la discapacidad y el dolor constituyen males. La noción básica de enfermedad es la que acota el “campo de batalla” contra estos males en el que la medicina está llamada a luchar (también protege la vida y la igualdad el sistema de derecho penal, pero no lucha contra la enfermedad sino contra la conducta criminal).



Conviene insistir en que *algunas* “enfermedades” o “discapacidades” desde el punto de vista sociológico, esto es, conductas o situaciones que se consideran socialmente desviaciones legítimas de la normalidad y que deben ser “curadas”, pueden carecer de fundamento biomédico; pueden ser puras construcciones sociales (como, por ejemplo, el “individualismo” bajo el régimen estalinista). En particular, en todo lo relativo a las enfermedades mentales debemos estar atentos a la influencia de la moral social en la calificación de un conducta como patológica. Pero esto solo significa que una definición operativa de enfermedad ofrecerá necesariamente un ámbito de aplicación bien determinado (un conjunto de casos claros de lo que sí merece ser considerado enfermedad desde un punto de vista biomédico —por ejemplo, la malaria— y de lo que no merece ser considerado una enfermedad desde este mismo punto de vista —por ejemplo, el género, la raza o la infancia—) y un conjunto de casos en la penumbra (por ejemplo, algunas de las controvertidas “parafilias”). Pero ni este problema conceptual, ni los diversos vínculos entre la medicina, los valores y las circunstancias sociales implican —como se pretende— la verdad de las tesis del constructivismo social.

En mi opinión, en el trasfondo de esta ideología del modelo social, bien pertrechada con las armas de lo políticamente correcto (con frecuencia, enemigas del pensamiento crítico), hay un activismo radical, que asume que en toda lucha hay víctimas inocentes y que la situación actual, o histórica, también ha tenido sus costes. Si se consigue mejorar en el respecto de los derechos de las personas con discapacidad en general, el problema de qué hacer con las personas con discapacidad mental que, no pudiendo gobernarse a sí mismas pueden ser abandonas a su suerte, se posterga; primero el cambio de paradigma, la revolución.

Más arriba, transcribí literalmente el pasaje de la Observación en la que el Comité critica la aplicación de un criterio funcional para denegar la capacidad de obrar a una persona. El criterio se basa, como dice el Comité, en evaluar la capacidad mental de la persona (desde un punto de vista médico) y su capacidad para entender la naturaleza y consecuencias de la decisión, etc. Más o menos, lo que es razonable. Sin embargo, el Comité encuentra que se trata de un proceder incorrecto por dos motivos. Basta con leerlos para advertir la ausencia de argumentos con que cuenta el Comité. El primer motivo es que aplicar el criterio funcional es discriminatorio; como es obvio, se trata de un notable ejemplo de la falacia de petición de principio en la que se da por supuesto aquello que se debe probar. El segundo motivo alude al escepticismo sobre la posibilidad de evaluar “con exactitud” el funcionamiento interno de la mente humana. Desde luego que no cabe evaluarlo “con exactitud”, pero sí lo suficientemente como para evitar que una persona se dañe a sí misma adoptando una decisión que no es capaz de

entender. Si tuviéramos que tomarnos en serio este escepticismo del Comité, creo que las consecuencias para todos los juicios de responsabilidad que se hacen en el Derecho serían devastadoras.

### *5.3. ¿Es razonable la concepción de la dignidad del Comité?*

Desde el punto de vista de los principios, el cambio de paradigma que afirma el Comité parece ser una exigencia del respeto a la dignidad de las personas con discapacidad. La incapacitación y subsiguiente tutela, el internamiento forzoso, las limitaciones en general a la libertad de decidir serían todas ellas violaciones de la dignidad de la persona. Como sostiene la Fiscalía del Tribunal Supremo en la sentencia comentada: “la declaración de incapacitación vulnera la dignidad de la persona incapaz y su derecho a la igualdad en cuanto la priva de la capacidad de obrar y la discrimina respecto de las personas capaces”.

Atienza, analizando la Observación, se pregunta sobre cómo debemos entender la dignidad y su relación con los principios de autonomía y universalidad. Parte de la formulación kantiana del principio de dignidad: “Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio”. Siguiendo a Jiménez Redondo, sostiene que Kant extrajo su idea de persona del Derecho de una de las categorías de cosas del *Corpus Iuris Civilis*: “las cosas que no pueden ser objeto de apropiación porque, por esencia, son cosas de nadie: las cosas sagradas, religiosas o santas, como las murallas y las puertas de la ciudad” (Atienza, 2016, p. 263). Esta noción de dignidad contrasta con la tradición liberal que parte de Locke y que la explica a partir de la noción de propiedad: mientras que ser persona implica en la tradición kantiana también obligaciones y límites para el propio individuo, en la tradición liberal ser persona implica fundamentalmente obligaciones y límites para los otros. La dignidad entendida de este último modo se confunde con la noción de autonomía.

La noción de dignidad reducida a autonomía individual es el sustrato de la ideología neoliberal o libertaria que defiende el antipaternalismo radical. La incapacitación, decidida por un juez en un proceso con garantías, fundada en la incapacidad del sujeto para auto-gobernarse, con la única finalidad de proteger al incapaz es un atentado contra la dignidad personal, desde esta concepción libertaria, porque constituye una interferencia en la libertad. No hay que olvidar que el “movimiento de vida independiente” (Palacios, 2008, pp. 103 y ss; Shapiro, 1994), fundamental en la construcción histórica del modelo social de la discapacidad, surge en una matriz

ideológica, la sociedad estadounidense, en la que la iniciativa privada es considerada siempre mejor que la pública, en la que, por ejemplo, privar a los ciudadanos del derecho a llevar armas también es visto por muchos como un atentado a la dignidad. A mi juicio, la Convención pero sobre todo el Comité, contradiciendo el espíritu universalista de Naciones Unidas, expresan claramente esta particular ideología y el Estado español con su aprobación sin reservas del art. 12 fue claramente irresponsable (irresponsabilidad que continúa pues no vio la oportunidad de hacer comentario alguno durante el proceso de información pública de la Observación abierto en septiembre de 2013).

No cabe duda de que el paternalismo, proteger a la gente de sí misma (Hart, 1963, p. 31), entraña limitaciones a la libertad y a la autonomía, pero se justifican precisamente por el respeto a la dignidad y la igualdad. Volvamos al punto del que partimos: el caso de los menores. Las limitaciones a la libertad de los niños se justifican para evitarles daños, entre los cuales se encuentra el daño de no desarrollar las capacidades necesarias para una futura vida autónoma. Liberar a los niños de las constricciones paternalistas que, por ejemplo, les obliga a estudiar supone abandonarlos, dejarlos librados a la explotación por otros, a una vida de penalidades. El antipaternalista radical parece dispuesto a sacrificar los intereses de los más débiles para garantizar el respeto a la libertad, los cuales son tratados por eso mismo como un puro medio para los fines de los más fuertes; se les trata de forma indigna y se aseguran las condiciones para la desigualdad.

El movimiento de vida independiente, el modelo social libertario, la Convención, el Comité, etc., están promovidos y protagonizados por discapacitados capaces, personas con deficiencias físicas y sensoriales, que han extendido sus conclusiones a los discapacitados incapaces, personas con deficiencias graves mentales, desconsiderando la especificidad de estos últimos y, a mi juicio, promoviendo un marco jurídico en el que el respeto por su dignidad e igualdad están menos asegurados.

## 6. UNA CONCLUSIÓN DESALENTADORA

Josep M. Solé es una persona discapacitada física, abogado y director de la Fundació Tutelar de les Comarques Gironines, dedicada a ejercer la tutela de cientos de personas declaradas incapaces. Valorando la Convención y la Observación dice lo siguiente:

“A diferencia de lo que han pensado muchos juristas en nuestro entorno durante los 7 años que han pasado desde la entrada en vigor de

la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (8 de mayo de 2008), la Convención y su artículo 12, que habla de la igualdad ante la ley y de las personas con discapacidad y del derecho al reconocimiento de su capacidad jurídica, no han venido para endulzarnos los regímenes de tutela existentes, hacerlos más flexibles y adaptables a las circunstancias de las personas o más respetuosos con los derechos, la voluntad y las preferencias... sino que pretenden su desaparición” (Solé, 2016, p. 63).

Más adelante, Solé señala que “esta es la única interpretación posible” (*ibidem*).

En la interpretación de la Convención hecha por el TS en la sentencia que hemos visto, Encarnación Roca sugiere algo muy pedestre con un disfraz de lenguaje jurídico: cambiar algo para que todo siga igual, dejar de llamar “incapacitación” a lo que sea que haya de cumplir la misma función. Sin embargo, me parece que la Observación ha puesto las cosas más difíciles. De hecho, desde su publicación hasta ahora, un goteo de sentencias han ido avanzando en la línea de la observación, ante la pasividad del legislador. Manuel Atienza, a pesar de que reconoce la dificultad de interpretar de un modo más razonable el art. 12 de la Convención a partir de la Observación, defiende la siguiente solución:

“(…) que los principios que enuncia la Convención (básicamente, el de la igualdad del art. 12, en sus diversas manifestaciones) no se interpreten en un sentido literal, sino como conteniendo una cláusula de «en la mayor medida posible». Así, por ejemplo, el art. 12.2 habría que leerlo: «Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen, *en la mayor medida posible*, capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida». Y así sucesivamente” (Atienza, 2016, p. 265).

A su juicio, esta interpretación no literal se justificaría en las siguientes razones: a) tendría el apoyo de una concepción de los principios extendida por amplios sectores de la teoría del Derecho, b) la interpretación literal resulta incompatible con cualquier teoría de la justificación de los derechos humanos, y c) sería acorde con algún precedente relevante como el de la sentencia del Tribunal Supremo comentada.

En mi opinión, la propuesta de Atienza es razonable pero me temo que no tendrá mucho éxito porque el contexto mismo se ha vuelto irrazonable. Por ello creo que hay que tratar de reconstruir lo que podríamos llamar pre-condiciones de un diálogo racional. Entre ellas, la primera es recuperar el derecho de los no discapacitados a opinar sobre la regulación de la discapacidad, igual que hay que recuperar el derecho de las no víctimas a opinar

sobre la respuesta jurídica al delito o de los hombres a opinar en cuestiones de género. Una vez que todos seamos convocados al ágora, sin exclusiones, la segunda pre-condición a recuperar es el derecho al disenso o la crítica en cuestiones sensibles, tales como la discapacidad, las víctimas o cuestiones de género. En mi opinión, lo políticamente correcto se ha convertido en una mordaza contra el pensamiento crítico, ya sea porque no permite decir lo que se piensa o porque no permite pensar siquiera. En tercer lugar, hay que tratar de contrapesar la ideología libertaria dominante, insistiendo en que la libertad es tan valiosa como las restricciones a la misma que, entre otras cosas, la hacen posible.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA.VV. (1995). *DSM-IV. Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*. Barcelona: Masson.
- Aleman, M. (2006). *El paternalismo jurídico*. Madrid: Iustel.
- Atienza, M. (2016). Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad. *Revista Ius et Veritas*, 53, Diciembre.
- Bunge, M. (2009). *¿Qué es filosofar científicamente?* Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Canimas, J. (2016). Decidir por el otro es a veces necesario. En AA.VV. *La incapacidad, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas*. Barcelona: Cuadernos de la Fundación Víctor Grifols i Lucas, 39.
- De Lora, P. (2003). *Justicia para los animales*. Madrid: Alianza.
- Del Pozo Álvarez, J. M. (2010). La cura respetuosa. En AA.VV., *Els reptes ètics de la intervenció social*, Girona, Fundació Campus Arnau d'Escala.
- Garzón Valdés, E. (1988). ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Doxa*, 5.
- Gert, B., Culver, Ch. y Clouser, K. D. (1997). *Bioethics: A Return to Fundamentals*. Nueva York: Oxford University Press.
- Gil, L. (1969). *Therapeia. La medicina popular en el mundo clásico*. Madrid: Guadarrama.
- Gracia, D. (2008). *Fundamentos de bioética*. Madrid: Triacastela.
- Hart, H.L.A. (1963). *Law, Liberty and Morality*. Stanford: Stanford University Press.
- Laporta, F. (1987). Sobre el concepto de derechos humanos. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 4.
- Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid: Cermi, 2008.
- Parsons, T. (1951). *The Social System*. Nueva York: The Free Press of Glencoe.
- Perelman, Ch. y Olberchts-Tyteca, L. (2006). *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Madrid: Gredos.

- Shapiro, J. (1994). *No Pity: People with Disabilities Forging a New Civil Rights Movement*. New York: Times Books, Random House.
- Singer, P. (1975). *Animal Liberation*. Nueva York: Random House.
- Solé, J. M. (2016). Artículo 12 de la Convención. Hacia el fin de las tutelas. En AA.VV., *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas*, Barcelona, Cuadernos de la Fundación Víctor Grifols i Lucas, 39.
- Wikler, D. (1987). Paternalism and the Mildly Retarded. En Sartorius, R. (comp.), *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press.